

Trestné činy súvisiace s verejným obstarávaním*

Related Criminal Offenses to Public Procurement

Andrej Beleš**

Abstrakt

Autor sa v štúdiu zameriava na komparáciu slovenskej a českej právnej úpravy trestných činov súvisiacich s verejným obstarávaním. Komparácia pozostáva z bližšej analýzy trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 až 268 slovenského Trestného zákona a trestných činov zjednání výboby pri zadání veřejné zakázky, při veřejné soutěži a veřejné dražbě podľa § 256 českého Trestného zákoníka a pletich při zadání veřejné zakázky a při veřejné soutěži podľa § 257 českého Trestného zákoníka. V komparácii je zohľadnená aj rozhodovacia činnosť vnútroštátnych súdov, resp. Súdneho dvora EÚ.

Klíčová slova

Machinácie; pletichy; verejné obstarávanie; zadání veřejné zakázky; trestný čin.

Abstract

The author focuses on the comparison of Slovak and Czech legal regulation of criminal offenses related to public procurement. The comparison consists of a closer analysis of the crime of machinations in public procurement and public auction according to Sections 266 to 268 of the Slovak Criminal Code and criminal offenses of obtaining an advantage in awarding a public contract, public tender and public auction according to Section 256 of the Czech Criminal Code and machinations in public procurement and a public tender pursuant to Section 257 of the Czech Criminal Code. The comparison also takes into account the decision-making activity of national courts, resp. Court of Justice of the EU.

Keywords

Machinations; Public Procurement; Award of Public Contract; Criminal Offense.

Úvod

Trestné činy súvisiace s verejným obstarávaním sú mimoriadne závažným druhom ekonomickej kriminality a zároveň často súčasťou organizovaného zločinu. Organizovaný zločin sa tradične zameriava na obchodovanie s komoditami, s ktorými nakladanie je právne reprobované, čiže ide o nezákonné uspokojovanie dopytu na trhu – typicky obchodovanie s určitými druhmi zbraní, obchodovanie s ľudmi, s ľudskými orgánmi s omamnými a psychotropnými látkami a pod.

* Príspevok spracovaný v rámci projektu APVV č. APVV-17-0641: „Zefektívnenie právnej úpravy verejného obstarávania a jej aplikácie v kontexte práva Európskej únie“.

** JUDr. Andrej Beleš, PhD., odborný asistent, Ústav európskeho práva, Právnická fakulta, Univerzita Komenského v Bratislave / Assistant Professor, Institute of European Law, Faculty of Law, Comenius University in Bratislava, Slovak Republic / E-mail: andrej.beles@flaw.uniba.sk / ORCID: 0000-0001-8418-0106

Súčasťou organizovaného zločinu sú však aj aktivity, ktoré sa nezameriavajú na substitúciu trhu, ale ich jediným cieľom je protiprávne odčerpávať prostriedky z verejných zdrojov. Formy týchto aktivít sa menia v závislosti od ekonomického a hospodárskeho štádia vývoja spoločnosti, v minulosti išlo najmä o tzv. privatizačnú trestnú činnosť a tzv. tunelovanie privatizovaných obchodných spoločností.¹ V súčasnosti sú takými rozšírenými aktivitami daňové trestné činy, predovšetkým daňové podvody, ktorých podstatou je neoprávnené uplatňovanie nároku na vrátenie dane z pridanej hodnoty alebo spotrebnej dane (§ 277a TZ²), podvody a korupcia spojená s tzv. eurofondami, teda poškodzovanie finančných záujmov Európskej únie a súvisiace trestné činy (§ 261 až 263 TZ), ako aj machinácie pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe (§ 266 až 268 TZ).³

Tieto trestné činy sa v súlade s paradigmou zvyšovania sofistikovanosti ekonomickej kriminality náročne objasňujú vzhľadom na zapojenie typicky mimotrestných právnych inštitútov, najmä civilnoprávných, obchodnoprávných a administratívoprávných do skutkových zistení orgánov činných v trestnom konaní. Podstatou trestnoprávne relevantného konania je totiž najmä porušenie týchto mimotrestných právnych noriem, čiže ide o „podvod“ voči zákonne ustanovenému režimu. Tento fakt vystihuje aj samotný **pojmem machinácie, česky pletichy**, ktorý pomenováva podvodné, úskočné konanie.⁴

Problém machinácií pri verejnom obstarávaní z kriminologicko-ekonomického hľadiska vyvstáva z faktu, že štát prostredníctvom svojich orgánov verejnej moci často nekoná ako „dobrý hospodár“. Na správu súkromného vlastníctva sú vynakladané intelektuálne schopnosti a individuálne snaženie vlastníka, aby bol dosiahnutý maximálny zisk pri minimálnych nákladoch, alebo aspoň aby hodnota majetku bola zachovaná. Pri verejnom vlastníctve je pluralita zdrojov intelektuálnych schopností a individuálneho snaženia jednotlivých súkromných vlastníkov nahradená „správcou“ verejného majetku, ktorý nie vždy spravuje verejný majetok riadne, a to z rôznych dôvodov – pre neschopnosť obsiahnuť viac než len potreby úzkeho okruhu ľudí⁵, príp. s motívom získať

¹ ŠANTA, Ján. *Machinácie pri verejnom obstarávaní podľa Trestného zákona Slovenskej republiky*. Dostupné na: https://www.ja-sr.sk/files/Machinacie_JUDr_Santa.pdf [cit. 1. 12. 2020].

² Zákon č. 300/2005 Z. z. Trestný zákon v znení neskorších predpisov. Na zákon je v texte odkazované skratkou TZ alebo slovenský TZ.

³ K ekonomickej kriminalite: STRÉMY, Tomáš. Vymedzenie pojmu ekonomická kriminalita. *Justičná revue*, 2010, roč. 62, č. 3, s. 378–385; Ďalej tiež STRÉMY, Tomáš. Nové trendy v ekonomickej kriminalite. In: *Páchatel' hospodárskej kriminality v Slovenskej republike*. Trnava: Právnická fakulta Trnavskej univerzity, 2009, s. 24–37.

⁴ Etymologicky je potrebné sa zamerať na latinské *machinatio*, *machinatus*, čo znamená strojiť, chystať, vymýšľať, odvodené od latinského *machina* – stroj, valec, obliehací stroj, ľstivý výmysel, úskok. KRÁLÍK, Ľubor. *Stručný etymologický slovník slovenčiny*. Bratislava: Veda, vydavateľstvo SAV, 2015, s. 339.

⁵ Problém kolektivismu a kolektívneho spravovania majetku vystíhol Hayek: „*Veľmi dôležitý je základný fakt, že žiadny človek nemôže získať prehľad o tom, čo presahuje isté obmedzené pole, uvedomovať si naliehavosť potrieb, ktorých počet by prekročil istú obmedzenú veličinu. Či sa už jeho záujmy sústreďujú okolo jeho vlastných fyzických potrieb, alebo či sa úprimne zaujíma blahobyt každej ľudskej bytosti, ktorú pozná, ciele ktorými sa môže zaoberať budú tvoriť vždy len nekonečne malý zlomok potrieb všetkých ľudí.*“ HAYEK, Fridrich August. *Cesta do nevolníctva*. Bratislava: Nadácia F. A. Hayeka, 2012, s. 71.

vlastný majetkový prospech. Obohacovanie úradníkov z verejných zdrojov je imanentnou súčasťou fungovania orgánov verejnej moci, s čím sa dlhodobo snaží právny poriadok vyrovnať.⁶ Zo súčasného pohľadu to môže okrem trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe viesť k spáchaniu trestného činu porušovania povinností pri správe cudzieho majetku alebo trestných činov korupcie.

1 Machinácie pri verejnom obstarávaní v slovenskej a českej právnej úprave

Porušovanie právnych predpisov súvisiacich s verejným obstarávaním, ktoré dosahuje trestnoprávnu relevanciu, je v slovenskom právnom poriadku postihované trestným činom machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 až 268 slovenského TZ. V českom právnom poriadku – v zmysle českého TZ⁷ – je toto protiprávne konanie trestnoprávne riešené dvomi trestnými činmi: *zjednání výboby při zadání veřejné zakázky, při veřejné soutěži a veřejné dražbě* podľa § 256 českého TZ, resp. *pletichy při zadání veřejné zakázky a při veřejné soutěži* podľa § 257 českého TZ.⁸

Trestný čin machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe pozostáva z troch základných skutkových podstát:

1. prvá z nich (§ 266 slovenského TZ):
 - a) postihuje **konanie v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní alebo verejnej dražbe** (prvá alinea objektívnej stránky), pričom týmito predpismi sú zákon o verejnom obstarávaní⁹ a zákon o dobrovoľných dražbách¹⁰,
 - b) postihuje **dojednanie prednosti alebo výhodnejších podmienok** niektorému súťažiteľovi alebo účastníkovi verejnej dražby na úkor iných súťažiteľov alebo účastníkov verejnej dražby (druhá alinea objektívnej stránky), pričom v oboch prípadoch musí byť daná súvislosť s verejným obstarávaním a verejnou dražbou;

⁶ GREGOR, Martin. Rímski magistráti a trestné činy proti verejnému majetku. In SALÁK, Pavel jr. a Lucie MRÁZKOVÁ. Ius Honorarium-římské magistratury a jejich činnost: sborník z konference. 1. vyd. Brno: Masarykova univerzita, 2019, s. 21–43.

⁷ Zákon č. 40/2009 Sb. Trestní zákoník v znení neskorších predpisov. Na zákon je v texte odkazované skratkou český TZ.

⁸ V ďalšom ustanovení český TZ kriminalizuje *pletichy při veřejné dražbě* (§ 258 českého TZ), čo sa ako trestnoprávne relevantné konanie z pohľadu slovenského TZ subsumuje pod trestný čin machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 a nasl. slovenského TZ. Keďže je však tento príspevok zameraný na problematiku verejného obstarávania / *veřejných zakázek*, nebudeme sa trestnému činu *pletichy při veřejné dražbě* bližšie venovať.

⁹ Zákon č. 343/2015 Z.z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov.

¹⁰ Zákon č. 527/2002 Z.z. o dobrovoľných dražbách a o doplnení zákona Slovenskej národnej rady č. 323/1992 Zb. o notároch a notárskej činnosti (Notársky poriadok) v znení neskorších predpisov.

- verejným obstarávaním sa podľa § 2 ods. 1 zákona o verejnom obstarávaní rozumejú postupy podľa tohto zákona, ktorým sa zadávajú zákazky, koncesie a súťaže návrhov,
 - definícia verejnej dražby je ustanovená v § 2 písm. a) zákona o dobrovoľných dražbách;
- c) obsahuje okrem implicitného úmyselného zavinenia explicitne vyjadrený motív, ktorý sa vyjadrením stáva obligatórnou súčasťou subjektívnej stránky trestného činu: ide o motív spôsobiť inému škodu alebo zadovážiť sebe alebo inému prospech,
- d) má stanovenú sankciu – trest odňatia slobody vo výmere šesť mesiacov až tri roky,
- e) viaže na seba dve kvalifikované skutkové podstaty (§ 266 ods. 2 a 3 TZ) s trestnými sadzbami dva roky až osem rokov, resp. sedem rokov až dvanásť rokov, pričom obzvlášť prítvážujúcimi okolnosťami, čiže okolnosťami podmieňujúcimi použitie vyššej trestnej sadzby sú:
- spôsobenie značnej škody [ods. 2 písm. a)], teda najmenej 26 600 € (§ 125 TZ),
 - spáchanie činu z osobitného motívu [ods. 2 písm. b)], čo je bližšie špecifikované v § 140 TZ,
 - funkcia páchatel'a ako vyhlasovateľa alebo usporiadateľa verejnej súťaže alebo verejnej dražby, člena privatizačnej komisie, licitátora [ods. 2 písm. c)],
 - žiadanie, prijatie alebo prijatie sľubu majetkového alebo iného prospechu [ods. 2 písm. d)], čiže páchatel' koná ovplyvnený korupciou,
 - spáchanie činu závažnejším spôsobom konania [ods. 2 písm. e)], čo je bližšie špecifikované v § 138 TZ,
 - spôsobenie škody veľkého rozsahu [ods. 3 písm. a)], teda najmenej vo výške 133 000 € (§ 125 TZ),
 - konanie páchatel'a ako člena nebezpečného zoskupenia [ods. 3 písm. b)], čiže zločineckej alebo teroristickej skupiny (§ 141 TZ);
2. druhá a tretia základná skutková podstata trestného činu (§ 267 a 268 slovenského TZ) postihujú z hľadiska objektívnej stránky machinácie v súvislosti s verejným obstarávaním alebo verejnou dražbou, pričom:
- a) pozostávajú z troch alternatívne vyjadrených druhov konaní:
- prinútenie iného – závažnejším spôsobom konania – aby sa zdržal účasti na verejnom obstarávaní alebo podávaní návrhov verejnej dražbe [§ 267 písm. a) a § 268 písm. a)], v ktorom prípade môže ísť o konanie adekvátne vydieraniu,
 - poskytnutie, ponúknutie alebo sľúbenie majetkového alebo iného prospechu inej osobe za to, že sa táto osoba zdrží účasti na verejnom obstarávaní alebo podávaní návrhov na verejnej dražbe [§ 267 písm. b) a § 268 písm. b)], čo je adekvátne podplácaniu,

- žiadanie alebo prijatie majetkového prospechu za to, že sa páchatel zdrží účasti na verejnom obstarávaní alebo podávaní návrhov na verejnej dražbe [§ 267 písm. b) a § 268 písm. b)], čo je adekvátne prijímaniu úplatku.
- b) z hľadiska subjektívnej stránky sa vyžaduje úmyselné zavinenie, avšak nie je špecificky vyjadrený motív,
- c) stanovenou sankciou je trest odňatia slobody na jeden rok až päť rokov, čiže ide o prečin,
- d) kvalifikované skutkové podstaty trestného činu nie sú stanovené.

V súvislosti s rozborom slovenskej právnej úpravy zohľadňujeme aj legislatívny návrh zmien v zákone o verejnom obstarávaní, ktorý sa nachádza v medzirezortnom pripomienkovom konaní a ktorého účelom je zjednodušiť systém verejného obstarávania a aplikovať jeho súdnu kontrolu. Úrad pre verejné obstarávanie (ÚVO) uplatnil voči návrhu pripomienku,¹¹ v ktorej navrhol aj zmenu ustanovenia § 266 slovenského TZ (ďalej len „Pripomienka ÚVO“).¹²

Podľa českej právnej úpravy trestný čin *zjednání výhody při zadání veřejné zakázky, při veřejné soutěži a veřejné dražbě* podľa § 256 českého TZ pozostáva z jednej základnej skutkovej podstaty s nasledujúcimi atribútmi (z ktorých pre českého čitateľa ako kontrast voči slovenskej právnej úprave vyberáme len tie najdôležitejšie):

- a) postihuje sa konanie, ktorým je **dojednanie prednosti alebo výhodnejších podmienok** niektorému dodávateľovi, súťažiteľovi alebo účastníkovi dražby na úkor iných dodávateľov alebo súťažiteľov,

¹¹ Priebeh medzirezortného pripomienkového konania aj s pripomienkou Úradu pre verejné obstarávanie, podľa ktorej sa majú novelizovať aj ustanovenia slovenského TZ. Dostupné z: <https://www.slov-lex.sk/legislativne-procesy/SK/LP/2020/624> [cit. 10. 3. 2021]. Nie je jasné, či vôbec, kedy a v akej podobe sa tento legislatívny návrh s pripomienkami stane súčasťou platnej a účinnej právnej úpravy.

¹² Súčasťou právnej úpravy § 266 slovenského TZ podľa Pripomienky ÚVO má byť najmä zvýšenie trestných sadzieb a rozšírenie trestného činu na tri základné skutkové podstaty, pričom sa rozlišujú machinácie pri verejnom obstarávaní (ods. 1) a verejnej dražbe (ods. 3) a novou skutkovou podstatou trestného činu (ods. 2) sa má postihovať spôsobenie väčšej škody, ak ide o zákazku, koncesiu alebo súťaž návrhov, na ktorú sa nevzťahuje všeobecne záväzný právny predpis o verejnom obstarávaní. Nová skutková podstata trestného činu by mala byť formulovaná relatívne komplikovane ako zložená a kumulatívna skutková podstata, so zachovaním zásady subsidiarity trestnej represie (väčšia škoda): „Rovnako ako v odseku 1 sa potrestá osoba podieľajúca sa na zadávaní zákazky, koncesie alebo súťaže návrhov verejným obstarávateľom alebo obstarávateľom alebo inou osobou, ktorá má povinnosť postupovať podľa všeobecne záväzného právneho predpisu o verejnom obstarávaní ak a) ide o zákazku, koncesiu alebo súťaž návrhov, na ktorú sa nevzťahuje všeobecne záväzný právny predpis o verejnom obstarávaní a b) zadávaním zákazky, koncesie alebo uskutočnením súťaže návrhov spôsobí verejnemu obstarávateľovi alebo obstarávateľovi alebo inej osobe, ktorá má povinnosť postupovať podľa všeobecne záväzného právneho predpisu o verejnom obstarávaní väčšiu škodu s cieľom zadožviť sebe alebo inému prospech.“

b) konanie sa musí uskutočňovať v súvislosti **so zadáním verejnej zákazky, verejnou súťažou alebo verejnou dražbou** (objektívna stránka), čiže ide o postup:

- podľa *zákona o zadávaní veřejných zakázek*¹³, ak ide o *veřejné zakázky*, čiže verejné obstarávanie, alebo
- podľa *zákona o veřejných dražbách*¹⁴, príp. podľa osobitných predpisov o prevode vlastníctva štátu alebo
- podľa § 1772 a nasl. *Občanského zákoníka*¹⁵ (*veřejná soutěž*), avšak pojem *veřejná soutěž* nemožno chápať zužujúco len v súvislosti s uvedenými ustanoveniami *Občanského zákoníka*, ale ide o akúkoľvek verejnú súťaž, ktorá je verejne vyhlásená a na ktorej sa môže zúčastniť neobmedzený okruh subjektov¹⁶;

c) z hľadiska subjektívnej stránky sa vyžaduje úmyselné zavinenie s explicitne vyjadreným motívom (škoda, prospech), avšak na naplnenie skutkovej podstaty nemusí skutočne prísť k spôsobeniu škody alebo k zaobstaraniu prospechu – ide o znak tzv. úmyslu, ktorý presahuje objektívnu stránku trestného činu (tzv. *obmysl, dolus coloratus*)¹⁷,

d) na základnú skutkovú podstatu **nadväzujú tri kvalifikované skutkové podstaty** trestného činu [§ 256 ods. 2 písm. a), b), c), resp. ods. 3 a 4 českého TZ].

Taktiež trestný čin s názvom *pletichy při zadání veřejné zakázky a při veřejné soutěži* podľa § 257 českého TZ pozostáva z jednej základnej skutkovej podstaty s nasledujúcimi atribútmi:

a) postihujú sa *pletichy* (machinácie) v súvislosti so *zadáním veřejné zakázky* alebo s *veřejnou soutěží*, ktoré spočívajú v niektorom z nasledujúcich alternatívne vymenovaných konaní:

- prinútenie iného hrozbou násilia alebo inej ťažkej ujmy, aby sa zdržal účasti v zadávacom konaní alebo verejnej súťaži [§ 257 ods. 1 písm. a) českého TZ], čo je konanie adekvátne vydieraniu,
- poskytnutie, ponúknutie alebo sľúbenie majetkového alebo iného prospechu inej osobe za to, že sa zdrží účasti v zadávacom konaní alebo verejnej súťaži [§ 257 ods. 1 písm. b) českého TZ], čo je adekvátne podplácaniu,
- žiadanie alebo prijatie majetkového alebo iného prospechu za zdržanie sa účasti v zadávacom konaní alebo verejnej súťaži [§ 257 ods. 1 písm. c) českého TZ], čo je adekvátne prijímaniu úplatku,
- vyvíjanie činnosti smerujúcej k zadaniu verejnej zákazky za neprimerane vysokú alebo inak nevýhodnú cenu, a to na základe dohody s iným uchádzačom alebo

¹³ Zákon č. 134/2016 Sb. *o zadávaní veřejných zakázek* v znení neskorších predpisov.

¹⁴ Zákon č. 26/2000 Sb. *o veřejných dražbách* v znení neskorších predpisov.

¹⁵ Zákon č. 89/2012 Sb. *Občanský zákoník* v znení neskorších predpisov.

¹⁶ Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 25. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 592/2020, bod 16.

¹⁷ Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 23. 11. 2015, sp. zn. 5 Tdo 1475/2015, publikované ako R 14/2018.

záujemcom [§ 257 ods. 1 písm. d) českého TZ], čo je konanie adekvátne uzatváraníu zakázaných dohôd v rámci ochrany hospodárskej súťaže,

- b) stanovenou sankciou je trest odňatia slobody až na tri roky, resp. trest zákazu činnosti, čiže trestný čin je prečinom,
- c) na základnú skutkovú podstatu **nadväzujú dve kvalifikované skutkové podstaty** [§ 257 ods. 2 písm. a), b) a ods. 3 písm. a), b) českého TZ].

Okrem uvedených trestných činov je potrebné vziať do úvahy aj trestný čin *porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže* podľa § 248 ods. 2 druhá alinea českého TZ, ktorým sa trestnoprávne postihuje v rozpore s *právním předpisem o veřejných zakázkách* porušenie pravidiel *žadavacího řízení* závažným spôsobom.

2 Paralelné a divergentné atribúty skúmaných ustanovení

Slovenský aj český zákonodarca z historického hľadiska vychádzali zo spoločného základu právnej úpravy, pretože trestnoprávny postih protiprávneho konania spojeného s verejným obstarávaním bol už súčasťou federálnej právnej úpravy po novele Trestného zákona z roku 1961 (TZ 1961)¹⁸ zákonom č. 557/1991 Zb. Touto novelou bol zavedený trestný čin machinácií pri verejnej súťaži a verejnej dražbe (*pletichy při veřejné soutěži a veřejné dražbě*) podľa § 128a až 128c TZ 1961. Zámerom zákonodarcu bolo reagovať na negatívne javy, ktoré sa vyskytli v súvislosti s transformáciou riadenej ekonomiky na trhovú ekonomiku a nevyhnutnou kolíziou verejného a súkromného sektora, resp. s prechodom štátneho majetku do vlastníctva súkromných osôb prostredníctvom privatizácie.¹⁹

Tento trestný čin mal prakticky totožnú štruktúru ako súčasná slovenská právna úprava po rekodifikácii trestného práva hmotného v roku 2005, pozostával z troch základných skutkových podstát, z ktorých prvá postihovala dojednanie prednosti alebo výhodnejších podmienok jednému súťažiteľovi alebo účastníkovi dražby na úkor iných súťažiteľov a ďalšie dve základné skutkové podstaty trestného činu trestnoprávne reprobali tri rôzne alternatívy machinácií (*pletich*) v súvislosti s verejnou súťažou alebo verejnou dražbou. Český zákonodarca taktiež prebral pri rekodifikácii prvky z pôvodnej právnej úpravy s určitými korekciami.

Na právnú úpravu verejného obstarávania v Slovenskej i Českej republike v súčasnosti významne vplýva právo Európskej únie, najmä prostredníctvom **smernice o verejnom**

¹⁸ Zákon č. 140/1961 Zb. *Trestný zákon* v znení neskorších predpisov.

¹⁹ „Do druhé skupiny patří ty změny, jež souvisejí s probíhajícími změnami právního řádu, zejména v oblasti ekonomiky. Jsou to ustanovení reagující na některé negativní jevy, jež se už v praxi vyskytly a na další, jež v budoucnu možno očekávat. Zejména zasluují pozornosti jednání, jemuž se v obchodních kruzích říká insider trading (§ 128), dále pletichy při veřejné soutěži a dražbě, které se již vyskytují a dále zřejmě budou vyskytovat v rámci privatizace (§ 128a až 128c) [...]“ Důvodová správa k zákonu č. 557/1991 Zb. Dostupné z: https://www.psp.cz/eknih/1990fs/tisky/t1002_01.htm [cit. 25. 11. 2020].

obstarávaní²⁰ a niektorých ďalších aktov sekundárneho práva EÚ²¹. Tieto predpisy však neukladajú členským štátom povinnosť ustanoviť trestnosť protiprávneho konania v súvislosti s verejným obstarávaním. Nepriamo táto povinnosť vyplýva v súvislosti s poškodzovaním finančných záujmov EÚ podľa čl. 3 ods. 2 písm. b) **smernice o boji proti podvodom, ktoré poškodzujú finančné záujmy Únie**²², podľa ktorého majú členské štáty povinnosť zabezpečiť, že podvod poškodzujúci finančné záujmy Únie, pokiaľ ide o výdavky súvisiace s verejným obstarávaním, predstavuje trestný čin. Tento podvod je v smernici špecifikovaný konkrétnymi tromi alternatívami konania²³. V tomto zmysle je možný aj jednočinný súbeh trestných činov, ktorých objektom je ochrana riadneho priebehu verejného obstarávania (§ 266 až 268 slovenského TZ, § 256, 257 českého TZ), a trestných činov, ktorých objektom je ochrana finančných záujmov EÚ.²⁴

2.1 Ustanovenia § 266 ods. 1 slovenského TZ a § 256 a 248 ods. 2 českého TZ

Základná skutková podstata trestného činu *zjednáni výhody při zadání veřejné zakázky, při veřejné soutěži a veřejné dražbě* podľa § 256 českého TZ je z hľadiska znakov objektívnej stránky (dojednanie prednosti alebo výhodnejších podmienok) i subjektívnej stránky (úmysel a vyjadrený motív) adekvátna základnej skutkovej podstate trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe podľa § 266 slovenského TZ. Oba trestné činy nadväzujú svojím obsahom na predchodcu v ust. § 128a TZ 1961.²⁵

²⁰ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18/ES (Ú. v. EÚ L 94, 28. 3. 2014).

²¹ Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/25/EÚ z 26. februára 2014 o obstarávaní vykonávanom subjektmi pôsobiacimi v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb a o zrušení smernice 2004/17/ES (Ú. v. EÚ L 94, 28. 3. 2014) a ďalšie.

²² Smernica Európskeho parlamentu a Rady (EÚ) 2017/1371 z 5. júla 2017 o boji proti podvodom, ktoré poškodzujú finančné záujmy Únie, prostredníctvom trestného práva (Ú. v. EÚ L 198, 28. 7. 2017).

²³ Čl. 3 ods. 2 písm. b) smernice o boji proti podvodom, ktoré poškodzujú finančné záujmy Únie: „Na účely tejto smernice podvod poškodzujúci finančné záujmy Únie predstavuje: [...] b) pokiaľ ide o výdavky súvisiace s verejným obstarávaním, aspoň pokiaľ k nemu došlo v úmysle získať pre páchatela alebo inú osobu neoprávnený prospech, a to poškodením finančných záujmov Únie, akékoľvek konanie alebo opomenutie týkajúce sa:

i) používania alebo predkladania falšovaných, nesprávnych alebo neúplných výkazov alebo dokladov, ktoré majú za následok spreneveru alebo neoprávnené zadržiavanie finančných prostriedkov alebo aktív z rozpočtu Únie alebo z rozpočtov spravovaných Úniou, alebo v jej mene;

ii) neposkytnutia informácií v rozpore s konkrétnou povinnosťou, a to s rovnakým následkom; alebo

iii) zneužitia takýchto finančných prostriedkov alebo aktív na iné účely, než na ktoré boli pôvodne poskytnuté, ktoré poškodzuje finančné záujmy Únie; [...]“

²⁴ Pozri ŠANTA, Ján. *Ochrana a poškodzovanie finančných záujmov Európskej únie*. Bratislava: Akadémia Policajného zboru v Bratislave, 2018, s. 118 a nasl. a tam citované rozhodnutia.

²⁵ K tomu pozri uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 30. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 1559/2018, bod 75: „V zásade shodné znaky obsahovala základní skutková podstata ustanovení § 128a odst. 1 tr. zákona, přestože neobsahovala výslovně pojem „veřejná zakázka“. Pachatelem trestného činu pletichy při veřejné soutěži a veřejné dražbě mohl být ten, kdo v souvislosti s veřejnou soutěží nebo veřejnou dražbou v úmyslu způsobit jinému škodu nebo opatřit sobě nebo jinému prospěch zjednal některému soutěžiteli nebo účastníku dražby přednost nebo výhodnější podmínky na úkor jiných soutěžitelů.“

Z hľadiska vyjadreného motívu a absencie znaku spôsobenej škody v základnej skutkovej podstate teda postačuje, aby úmysel páchatel'a len smeroval k spôsobeniu škody alebo zadováženiu prospechu, pričom toto nemusí skutočne nastať. V tom sa obe právne úpravy zhodujú.²⁶

Zhodnosť právnych úprav má však svoje výnimky, najmä v objektívnej stránke skutkovej podstaty trestného činu.

Predmetná česká právna úprava – na rozdiel od svojho slovenského pendanta – obsahuje alternatívu konania v rámci objektívnej stránky, ktorá spočíva v **bližšie nešpecifikovanom konaní, ktoré je v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom** o verejnom obstarávaní pri inom trestnom čine, ktorým je trestný čin *porušení předpisů o pravidlech hospodářské soutěže* podľa § 248 ods. 2 druhá alinea českého TZ. Česká právna úprava ako znak skutkovej podstaty požaduje porušenie pravidiel záväzným spôsobom, čím sa odlišujú menej závažné porušenia zákona č. 134/2016 Sb. o *žadávání veřejných zakázek*, ktoré nie sú trestnoprávne relevantné, od závažných porušení tohto zákona, ktoré majú trestnoprávnu relevanciu. Rozlišovacím kritériom je, že závažným porušením je také porušenie, ktoré sa podstatne odchyľuje od stavu vyžadovaného týmto zákonom.²⁷

V slovenskej právnej úprave je možné pod konanie v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní alebo verejnej dražbe znak objektívnej stránky subsumovať prakticky akékoľvek porušenie osobitného zákona, ktoré však dosahuje **úroveň trestnoprávnej relevancie** a zároveň je spojené s motívom získania prospechu alebo spôsobenia škody. Na tejto právnej úprave zotrúva aj navrhované nové znenie § 266 slovenského TZ podľa Pripomienky ÚVO, ktorá dokonca počíta s rozšírením trestnej represie tým, že dokonaným trestným činom má byť pokus konania v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní.²⁸

V prípade českej i slovenskej právnej úpravy ide o alternatívu konania, ktorá z hľadiska rozsahu kriminalizácie trpí značným stupňom neurčitosti, keďže zákonodarca jasne nevymedzil, aké konkrétne konanie (porušenie osobitného zákona) naplňa znak skutkovej podstaty trestného činu, a teda aký charakter a spoločenskú závažnosť musí mať porušenie osobitného zákona. Prijateľnosť takejto právnej úpravy je hraničná z hľadiska možného porušenia zásady *nullum crimen sine lege certa*. Problém tzv. kaučukových

²⁶ Napr. uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 23. 11. 2015, sp. zn. 5 Tdo 1475/2015, publikované ako R 14/2018; Resp. ŠANTA, Ján. *Machinácie pri verejnom obstarávaní podľa Trestného zákona Slovenskej republiky*. Dostupné z: https://www.ja-sr.sk/files/Machinacie_JUDr_Santa.pdf [cit. 1. 12. 2020].

²⁷ ŠÁMAL, Pavel. § 248. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2494–2539.

²⁸ Podľa Pripomienky ÚVO má mať ustanovenie § 266 ods. 1 slovenského TZ nasledujúce znenie: „(1) *Kto v súvislosti s verejným obstarávaním v úmysle spôsobiť inému škodu alebo zadovážiť sebe alebo inému prospech*
a) *koná v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní alebo sa o to pokúsi alebo*
b) *dojedná niektorému hospodárskemu subjektu prednosť alebo výhodnejšie podmienky na úkor iných hospodárskych subjektov alebo sa o to pokúsi, potrestá sa odňatím slobody na šesť mesiacov až päť rokov.*“

ustanovení v trestnom zákone²⁹, ktoré je možné účelovo nat'ahovať do rôznych rozmerov, tak môže nadobudnúť až ústavnoprávny rozmer, pričom sa v trestnom zákonodarstve vyskytoval pred rokom 1989³⁰ i neskôr.

Mantinelom aplikácie trestnej represie pri takto formulovanej alternatíve objektívnej stránky skutkovej podstaty trestného činu je výlučne zásada subsidiarity trestnej represie, resp. postavenia trestného práva ako prostriedku *ultima ratio*³¹, teda jeho uplatnenie ako najostrejšieho meča³² medzi právnymi odvetvami. Pri hospodárskych trestných činoch sa rozsah trestnoprávnej represie má obmedzovať na nevyhnutnú kultiváciu podnikateľského prostredia a posilnenie spoľahlivosti rozhodovania vlastníkov, štatutárnych orgánov a manažmentu.³³ Na základe toho je možné prísť k záveru, že niektoré porušenia zákona o verejnom obstarávaní nie sú natoľko závažné, že by zakladali trestnoprávnu zodpovednosť. Napokon, zásadu subsidiarity trestnej represie potenciálne je možné uplatniť aj pri naplnení druhej alternatívy objektívnej stránky – dojednanie prednosti alebo výhodnejších podmienok, pričom možno do úvahy brať rôzne kritériá závažnosti činu: napr. predchádzajúci pracovnoprávny (regresný) postih, súbeh viacerých trestných činov atď.³⁴

Známe stanovisko Nejvyššího soudu ČR vo veci aplikácie zásady subsidiarity trestnej represie je dobre použiteľné na postih protiprávných aktivít v súvislosti s verejným obstarávaním tak v českých ako i slovenských právnych podmienkach: „Zásadně tedy platí, že každý protiprávní čin, který vykazuje všechny znaky uvedené v trestním zákoníku, je trestným činem a je třeba vyvodit trestní odpovědnost za jeho spáchání. Tento závěr je však v případě méně závažných trestných činů korigován použitím zásady subsidiarity trestní represe ve smyslu § 12 odst. 2 tr. zákoníku, podle níž trestní odpovědnost pachatele a trestněprávní důsledky s ní spojené lze uplatňovat jen v případech společensky škodlivých, ve kterých nepostačuje uplatnění odpovědnosti podle jiného právního

²⁹ Napr. k tomu SOLNAR, Vladimír. *Systém československého trestního práva. Základy trestní odpovědnosti*. Praha: Academia, 1972, s. 55: „Přesné a jasné skutkové podstaty trestných činů jsou důležitou zárukou zákonnosti v trestním právu. [...] Jsou ovšem značné rozdíly mezi skutkovými podstatami kaučukovými bez jasných hranic a skutkovými podstatami přesně a konkrétně vymezenými.“

³⁰ Napr. znak živenia sa nekalým spôsobom pri trestnom čine príživníctva podľa § 203 TZ 1961 do roku 1990, resp. znaky skutkových podstat trestných činov špekulácie podľa § 117 TZ 1961, podvracania republiky podľa § 98 TZ 1961 a ďalších.

³¹ Napr. TIBITANZLOVÁ, Alena a JIŘÍ MULÁK. Ještě několik poznámek na téma zásady subsidiarity trestní represe. *Trestněprávní revue*, roč. 17, 2018, č. 5, s. 115–120; Ďalej ČENTĚŠ, Jozef a JÁN ŠANTA. Princíp ultima ratio a vybrané aspekty ekonomickej kriminality. In: *Trestné právo ako ultima ratio – hmotnoprávne a procesnoprávne aspekty. Zborník príspevkov z 1. sekcie medzinárodnej vedeckej konferencie Bratislavské právnické fórum*, Bratislava: Univerzita Komenského, Právnická fakulta, 2016, s. 31–41.

³² K tejto metafore ROSTALSKI, Frauke. *Der Tatbegriff im Strafrecht. Entwurf eines im gesamten Strafrechtssystem einheitlichen normativ-funktionalen Begriffs der Tat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2019, s. 16.

³³ NETT, Alexander. Ke změnám trestního práva na úseku hospodářské trestné činnosti a k zásadě ultima ratio. *Bulletin advokacie*, 2009, č. 10, s. 77–81.

³⁴ Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 22. 4. 2020, sp. zn. 5 Tdo 1532/2019, bod 39.

*předpisu.*³⁵ V tomto zmysle, ak ide o posúdenie trestnoprávnej relevancie konania v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní podľa § 266 ods. 1 slovenského TZ, je potrebné najmä zvažovať zodpovednosť za správny delikt podľa § 182 zákona o verejnom obstarávaní, resp. za priestupok podľa § 182a zákona o verejnom obstarávaní. Naopak, spoločenská závažnosť sa zvyšuje, ak páchatel zabráňuje súťaženiu o zákazku niekoľkými navzájom si konkurujúcimi subjektmi, aby obstarávateľ mohol uzavrieť skutočne najvýhodnejšiu zmluvu.³⁶

Trestnoprávnu relevanciu budú mať teda najmä **vážne porušenia základných povinností verejného obstarávateľa a obstarávateľa** podľa § 10, resp. 11 zákona o verejnom obstarávaní. Predovšetkým pôjde o vážne porušenia princípu rovnakého zaobchádzania, princípu nediskriminácie hospodárskych subjektov, princípu transparentnosti, princípu proporcionality a princípov hospodárnosti a efektívnosti podľa § 10 ods. 2 zákona o verejnom obstarávaní. Tieto princípy sú v zákone ustanovené na základe transpozície čl. 18 smernice o verejnom obstarávaní a na ich výklad sa vzťahuje rozhodovacia činnosť Súdneho dvora Európskej únie.

Verejní obstarávatelia sú v celom konaní povinní dodržiavať tieto princípy.³⁷ Osobitne dôležitý je **princíp rovnakého zaobchádzania**, teda zákazu diskriminácie, ktorý vyžaduje rovnaké podmienky pre všetky súťažiacie podniky z hľadiska podávania ponúk, teda rovnakú príležitosť formulovania znenia ponúk.³⁸ Rovný prístup k verejným zákazkám je sprevádzaný rovnosťou možného úspechu vo verejnom obstarávaní a prejavuje sa v rovných podmienkach pre všetkých uchádzačov, ktorí spĺňajú podmienky

³⁵ Stanovisko Nejvyššího soudu ČR zo dňa 30. 1. 2013, sp. zn. Tpjn 301/2012, publikované ako R 26/2013.

³⁶ Adekvátne k tomu uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 25. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 592/2020, bod 18: „Naopak je společenská škodlivost zvažována tím, že obvinění **zabránili vůbec vzniku jakéhokoli náznaku soutěžení o veřejnou zakázku**, v níž by o její předmět vážně usilovalo několik navzájem si konkurujících subjektů tak, aby zadavatel mohl uzavřít skutečně pro něho nejvýhodnější smlouvu na provedení soutěžního díla. V podstatě nenastala ani teoretická možnost, aby se tak stalo, neboť spoluobvinění od počátku vzali průběh celého zadávacího řízení do vlastních rukou a oslovení dodavatelé představující tzv. „křiví“ nerykzovali jakýkoli vážný zájem o vítězství v soutěži. Lze připustit, že **menší společenská škodlivost** manipulovaného zadávacího řízení by mohla nastat například v situaci, v níž by zadavatel sdělil některému uchazeči **neveřejnou informaci, která nebude pro zadání veřejné zakázky stěžejní**, což však rozhodně nebyl daný případ. Spoluobvinění nejprve určili vítězného dodavatele a následně organizovali zadávací řízení jemu na míru zásadně v rozporu se zásadou transparentnosti a rovného zacházení za současného předstírání, že po formální stránce byla veřejná zakázka zadána v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, resp. jeho obecnými zásadami. Při výkladu a aplikaci ustanovení § 12 odst. 2 tr. zákoníku bylo rovněž významné, že posuzovaným skutkem spoluobvinění naplnili znaky dvou trestných činů, což rozhodně nesvědčí o výjimečných okolnostech, které by mohly vyloučit potřebu uplatnit prostředky trestního práva a z něj vyplývající principu „ultima ratio““ [Pozn.: vyznačil autor].

³⁷ Rozsudok Súdneho dvora zo dňa 20. 9. 2018, *Montte SL*, C-546/16, ECLI:EU:C:2018:752, bod 38.

³⁸ „Zásada rovnosti zaobchádzania s uchádzačmi, ktorej cieľom je podporovať rozvoj zdravej a účinnej hospodárskej súťaže medzi podnikmi, ktoré sa zúčastňujú na verejnom obstarávaní, prikazuje, aby všetci uchádzači mali rovnaké príležitosti pri formulovaní znenia svojich ponúk, a preto vyžaduje, aby tieto ponuky podliehali rovnakým podmienkam pre všetky súťažiacie podniky [...]“ Rozsudok Súdneho dvora zo dňa 12. 3. 2015, *eVigilo*, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166, bod 33.

obstarávateľa.³⁹ Nediskriminačné zaobchádzanie a transparentnosť konania sú spojené aj s technickými špecifikáciami pri vyhlasovaní verejného obstarávania – so spôsobom ich formulovania a ich výberom; technické špecifikácie musia umožňovať rovnaký prístup pre všetkých uchádzačov a nesmú vytvárať neopodstatnené prekážky.⁴⁰ Prísne posudzovanie povinnosti rovnakého zaobchádzania je zdôraznené aj tým, že k zvýhodneniu (resp. znevýhodneniu) súkromného podniku nesmie prísť ani spoluprácou medzi verejnými obstarávateľmi.⁴¹

Taktiež dôležitým je **princíp transparentnosti**, ktorý znamená povinnosť verejného obstarávateľa – v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania alebo v súťažných podmienkach – formulovať podmienky a postupy zadania zákazky jasne, presne a jednoznačne, aby boli pre uchádzačov zrozumiteľné a aby boli ponuky uchádzačov preskúmateľné z hľadiska splnenia kritérií obstarávania.⁴² Transparentnosť predpokladá zaistenie čo najvyššej miery informovanosti účastníkov, obstarávateľov, ale aj verejnosti o priebehu verejného obstarávania.⁴³ Tieto princípy vo svojom súhrne vyžadujú objektivnosť zadávacích kritérií, objektivnosť porovnania a vyhodnotenia ponúk tak, aby bola zaručená účinná hospodárska súťaž. Tieto kritériá teda nesmú dávať verejnému obstarávateľovi neobmedzenú slobodu výberu.⁴⁴ To znamená, že tak, ako je v záujme zachovania princípu právnej istoty nevyhnutné formulovať dostatočne určitým spôsobom znaky skutkovej podstaty trestného činu, tak je potrebné dostatočne určitým spôsobom formulovať kritériá výberu pri verejnom obstarávaní, avšak na druhej strane určitá formulácia nesmie neodôvodnene vylučovať subjekty, nesmie byť diskriminačná.

K predmetným princípom *Nejvyšší soud ČR* uviedol, že ich uplatňovanie má zabrániť páchaniu trestnej činnosti spojenej s verejným obstarávaním v jej typických formách: „*Právě průběh zadávacího řízení ovládaný těmito třemi základními zásadami má zabránit posuzovanému druhu trestné činnosti, jejíž podstatou bývá účelový výběr předem určeného vítěze pachatelem či spolupachatelem a nastavení takových podmínek zadávacího řízení tak, aby bylo dosaženo tohoto cíle, k čemuž bývá nutná součinnost tzv. nastrčených soutěžitelů, uchazečů, kteří jsou obeznamenáni se svou rolí předstíraného zájmu o vítězství, často za finanční odměnu či příslib jiné výhody, např. subdodavatelské služby, vítězství v jiné veřejné soutěži, apod.*“⁴⁵

³⁹ Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 30. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 1559/2018, bod 77.

⁴⁰ Rozsudok Súdneho dvora z 10. 5. 2012, *Komisija vs. Holandsko*, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, bod 62.

⁴¹ Rozsudok Súdneho dvora z 28. 5. 2020, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH*, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395, bod 76.

⁴² Rozsudok z 10. 5. 2012, *Komisija vs. Holandsko*, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, bod 109 a tam citovaná judikatúra.

⁴³ Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 30. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 1559/2018, bod 77.

⁴⁴ Rozsudok Súdneho dvora z 10. 5. 2012, *Komisija vs. Holandsko*, C-368/10, ECLI:EU:C:2012:284, bod 87.

⁴⁵ Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 25. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 592/2020, bod 14.

Porušenie týchto princípov sa prejaví v porušení ďalších základných povinností verejného obstarávateľa a obstarávateľa, napr. postupy verejného obstarávania sa nesmú vykonávať s motívom nedovoleného uplatnenia výnimky zo zákona o verejnom obstarávaní alebo narušenia hospodárskej súťaže bezdôvodným zvýhodnením alebo znevýhodnením určitých subjektov (§ 10 ods. 3 zákona o verejnom obstarávaní). Nediskriminácia, rovnaké zaobchádzanie a transparentnosť – ako základné a ťažiskové princípy európskej i vnútroštátnej právnej úpravy – môžu byť závažným spôsobom porušené **postupom v rozpore s ustanoveniami zákona, ktorých účelom je zabezpečiť verejnú výzvu**.

V tomto zmysle je potrebné v slovenských podmienkach poukázať na prípad známy ako tzv. *nástenkový tender*, teda verejné obstarávanie na Ministerstve výstavby a regionálneho rozvoja SR s celkovou hodnotou zákazky viac ako 97,6 milióna €, pre ktorý boli právoplatne podľa § 266 ods. 1, ods. 3 slovenského TZ odsúdení dvaja exministri výstavby. Súd identifikoval celý rad protizákonných postupov odsúdených. Obstarávanie sa vykonávalo bez odborne spôsobilé osoby⁴⁶. Výzva mala byť podľa skutkovej vety rozsudku „zverejnená“ na informačnej tabuli za zamknutými dverami na chodbe neprístupnej verejnosti, ako uviedol Najvyšší súd SR: „[...] v rozpore s § 99 ods. 3 zákona č. 25/2006 Z. z. vôbec neuverejnili Výzvu na predkladanie ponúk, pričom v rozpore so skutočnosťou deklarovali ako miesto jej zverejnenia informačnú tabuľu na I. poschodí budovy ministerstva, a to v období štyroch pracovných dní - od 17. do 22. mája 2007, čím znemožnili účasť vo verejnej súťaži neobmedzenému počtu uchádzačov a záujemcov, v dôsledku čoho sa KONZORCIUM stalo jediným sťažiteľom v takto vyhlásenom verejnom obstarávaní [...]“⁴⁷. Takýto postup mal viesť – ako správne Najvyšší súd ČR vyššie vystihol podstatu a charakter tejto trestnej činnosti – k účelovému výberu vopred určeného víťaza, teda len k „fingovaniu“ skutočného verejného obstarávania: „[p]odľa mienky odvolacieho súdu, v posudzovanom prípade išlo od začiatku o vedomú, úmyselnú a systematickú činnosť, ktorá smerovala k úplnému eliminovaniu súťažného prostredia. Laicky povedané, obžalovaní spolu s ďalšími osobami proces verejného obstarávania len fingovali, keďže zákazka bola od začiatku určená pre KONZORCIUM.“⁴⁸ „Dokonalosť“ zločinu manipulovaného,

⁴⁶ V rozpore s § 116 ods. 1 vtedy účinného zákona č. 25/2006 Z. z.

⁴⁷ Rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa 15. 11. 2018, sp. zn. 5To/2/2018, s. 3. Rozhodnutie získalo ocenenie Judikát roka 2019. „Zverejnenie“ sa však podľa skutkových zistení nevykonalo ani na tejto nástenke: „Výzva na predkladanie ponúk, ale aj ďalšie podklady [...] vypracované v procese verejného obstarávania boli vytvárané a pripomienkované dávno po tom, ako mala byť Výzva na predkladanie ponúk zverejnená, dokonca po tom, ako mala byť podpísaná Zmluva o poskytovaní služieb [...]. Zo zaisťovaných súborov tiež plynie, že v čase, keď malo byť verejné obstarávanie ukončené, ešte nebol pripravený menovací dekrét pre členov hodnotiacej komisie a dokonca ani ponuka KONZORCIA [...]. Je teda evidentné, že v deklarovanom období od 17. - 22. mája 2007 predmetná výzva na nástenke, ale ani nikde inde visieť nemohla.“ Ibid., s. 36–37.

⁴⁸ Ibid, s. 30.

resp. predstieraného verejného obstarávania bola v predmetnom prípade zvýraznená aj tým, že jeho kontrolu mala vykonávať osoba, ktorá ho pripravovala.⁴⁹

Na druhej strane nie každé porušenie základných povinností verejného obstarávateľa musí mať trestnoprávnu relevanciu. Ako príklad možno uviesť nesplnenie alebo len čiastočné splnenie povinnosti verejného obstarávateľa „*po skončení kalendárneho štvrtého roka uverejniť v profile súhrnnú správu o zmluvách so zmluvnými cenami vyššími ako 1 000 €*“ podľa § 10 ods. 10 zákona o verejnom obstarávaní a množstvo ďalších menej významných porušení zákona.

Porušenie uvedených základných princípov, teda konanie v rozpore so zákonom o verejnom obstarávaní môže zároveň viesť aj k súčasnému naplneniu druhej alternatívy objektívnej stránky skutkovej podstaty trestného činu podľa § 266 ods. 1 slovenského TZ – **dojednanie prednosti alebo výhodnejších podmienok**.⁵⁰

V porovnaní s uvedeným je tento znak jedinou formou konania podľa § 256 ods. 1 českého TZ a jeho naplnenie sa taktiež viaže na porušenie *zásad zadávání veřejných zakázek* podľa § 6 *zákonu o zadávání veřejných zakázek*. Pojmy prednosť a výhodnejšie podmienky sa v českej a slovenskej právnej úprave vykladajú v zásade rovnako. Prednosťou je akékoľvek zvýhodnenie, ktoré sa týka časového predstihu, napr. oznámenie rozhodujúcich termínov pri verejnom obstarávaní pred ich verejným vyhlásením. Výhodnejšími podmienkami sa myslia akékoľvek iné podmienky, ktoré zvýhodňujú súťažiteľa pred inými, napr. oznámenie údajov o obsahu návrhov – realizačných a cenových ponúk iných súťažiteľov.⁵¹ Vytvorenie výhodnejších podmienok môže spočívať aj v potlačení súťažného prostredia, teda obmedzením účasti dodávateľov, ktorí by v danom čase a priestore spĺňali podmienky na realizáciu súťažného diela.⁵²

V tomto zmysle stanovuje česká právna úprava **užší rozsah** kriminalizácie (len jedna alternatíva konania) s jeho **presnejším vymedzením** ako slovenská právna úprava, teda obmedzuje sa len na dojednanie prednosti alebo výhodnejších podmienok. Na druhej strane právna úprava podľa § 256 českého TZ poskytuje **širší rozsah** kriminalizácie z hľadiska

⁴⁹ Ibid., s. 44: „*A hoci predmetná žiadosť bola formálne adresovaná JUDr. V. ako vedúcej odboru kontroly ÚVO [pozn. – Úrad pre verejné obstarávanie], doručená bola JUDr. M.B., vtedajšej vedúcej služobného úradu ÚVO, ktorá s výkonom kontroly nemala mať nič spoločné. Ide pritom o tú istú osobu, s ktorou sa mala obžalovaná Ing. E.F. na popud JUDr. L. podieľať na príprave podkladov pre verejné obstarávanie (viď nižšie k zrušujúcej časti obžalovanej Ing. E.F.). Inými slovami, kontrola verejného obstarávania bola pod dohľadom osoby, ktorá sa takmer s určitosťou na jej príprave podieľala.*“

⁵⁰ Pozri právnu vetu výroku predmetného rozsudku Najvyššieho súdu SR: „[...] obžalovaní Ing. A.B. a Ing. PhDr. C.D. spoločným konaním v súvislosti s verejným obstarávaním v úmysle zadovážiť inému prospech konali v rozpore so všeobecne záväzným predpisom o verejnom obstarávaní a dojednali niektorému súťažiteľovi výhodnejšie podmienky na úkor iných súťažiteľov a tento čin spáchali ako vyhlasovateľ (Ing. A.B.) a usporiadateľ (Ing. PhDr. C.D.) verejnej súťaže a spôsobili tým škodu veľkého rozsahu [...]“.

⁵¹ ŠÁMAL, Pavel. § 256. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 2618–2627; Porovnaj ŠANTA, J. *Ochrana a poškodzovanie finančných záujmov Európskej únie*. Bratislava: Akadémia Policajného zboru v Bratislave, 2018, s. 120.

⁵² Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 25. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 592/2020, bod 17.

vecnej pôsobnosti ochrany: slovenská právna úprava poskytuje ochranu riadnemu priebehu verejného obstarávania a verejnej dražby, zatiaľčo česká právna úprava poskytuje ochranu riadnemu priebehu širšieho okruhu procesov: *žadání veřejné zakázky*, *veřejná soutěž* a *veřejná dražba*. Ochrana podľa § 266 slovenského TZ sa nevztahuje⁵³ na verejnú súťaž podľa § 847 a nasl. slovenského Občianskeho zákonníka⁵⁴ a obchodnú verejnú súťaž podľa § 281 a nasl. slovenského Obchodného zákonníka⁵⁵. Navyše pojem *veřejná soutěž* sa vykladá širšie než len podľa ustanovení *Občianskeho zákonníka*⁵⁶, čo rozsah ochrany – kriminalizácie ešte zvyrazňuje. Z hľadiska použitých pojmov „*v súvislosti s verejným obstarávaním*“ a „*v souvislosti se žadáním veřejné zakázky*“ je možné konštatovať **rovnaký rozsah** kriminalizácie, hoci v Českej republike sa vyskytli názory o užšom chápaní pojmu, ktoré boli judikaturou odstránené.⁵⁷ V tejto súvislosti *Nejvyšší soud ČR* uviedol, že predmetné ustanovenie nie je blanketovou, ani odkazovacou skutkovou podstatou, pretože sa ani všeobecne, ani konkrétne neodvoláva na mimotrestný právny predpis, ktorého porušením je podmienená trestná zodpovednosť.⁵⁸ Týmto sa však – vzhľadom na vyššie uvedené – slovenská a česká právna úprava odlišujú, pretože prvá alternatíva konania v objektívnej stránke „*koná v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní alebo verejnej dražbe*“ podľa § 266 ods. 1 slovenského TZ priamo odkazuje na konkrétne mimotrestné právne predpisy a nie je možné identifikovať taký výklad, ktorý by výpočet týchto predpisov rozširoval na neurčitý okruh. Výnimku tu tvorí len kvalifikovaná skutková podstata podľa § 266 ods. 2 písm. c) slovenského TZ, ktorá používa pojem verejná súťaž, ktorý je pojmom širším ako verejné obstarávanie a zahŕňa súťaže realizované aj podľa iných zákonov.⁵⁹ Ide však len o nepresnosť formulácie pri rekodifikácii.

⁵³ Pozri KORDÍK, Marek. § 266. In: BURDA, Eduard, Jozef ČENTÉŠ, Juraj KOLESÁR, Jozef ZÁHORA a kol. *Trestný zákon. Osobitná časť. Komentár. II. diel*. 1. vyd. Praha: C. H. Beck, 2011, s. 735–736.

⁵⁴ Zákon č. 40/1964 Zb. *Občiansky zákonník* v znení neskorších predpisov.

⁵⁵ Zákon č. 513/1991 Zb. *Obchodný zákonník* v znení neskorších predpisov.

⁵⁶ Pozri vyššie.

⁵⁷ Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 29. 3. 2017, sp. zn. 5 Tdo 1106/2016, publikované ako R 1/2019; Ďalej uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 31. 5. 2017, sp. zn. 5 Tdo 1364/2016, publikované ako R 6/2018; podobne aj uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 25. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 592/2020.

⁵⁸ Ibid., R 1/2019: „Ustanovení § 256 tr. zákoníku o trestném činu jednání výhody při žadání veřejné zakázky, při veřejné soutěži a veřejné dražbě není normou s blanketní, ani s odkazovací skutkovou podstatou, neboť se nedovolává ani obecně, ani konkrétně mimotrestního předpisu, který by bylo třeba užít nebo jehož porušením je podmíněna trestní odpovědnost.“; Rovnako uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 30. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 1559/2018, bod 78.

⁵⁹ Rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa 15. 11. 2018, sp. zn. 5 To 2/2018, s. 63–64: „**Legálny pojem „verejná súťaž“ je totiž omnoho širší a popri súťažiach realizovaných formou „verejného obstarávania“ podľa zákona č. 25/2006 Z. z., zahŕňa aj verejnú súťaž podľa § 847 a nasl. Obč. zák., resp. obchodnú verejnú súťaž podľa § 281 a nasl. Obch. zák.** O uvedenom svedčí aj historický vývoj skutkovej podstaty, ktorá bola do § 128a zákona č. 140/1961 Zb. *Trestný zákon* zavedená zákonom č. 557/1991 Zb. s názvom *machinácie pri verejnej súťaži a verejnej dražbe*. [...] Z ústavnoprávných dôvodov sa však zákonodarcia rozhodol pre širšiu formuláciu, tak aby dopadala na akékoľvek orpyľovanie verejnej súťaže, bez ohľadu na to, či sa týka majetku štátu alebo iného subjektu. [...] **Až rekodifikáciou Trestného zákona (prijatím zákona č. 300/2005 Z. z.) zákonodarcia v ods. 1 zúžil rozsah chránených „verejných súťaží“ len na tie, ktoré boli realizované formou „verejného obstarávania“ podľa osobitného predpisu.** Túto zmenu však opomenul premietnuť do kvalifikovanej skutkovej podstaty v ods. 2, ktorá naďalej (obsoľtne) prísnejšie trestá aj iných vyhlasovateľov / usporiadateľov verejných súťaží.“

Pri skúmaní **kvalifikovaných skutkových podstát** vo vzťahu k základným skutkovým podstatám trestných činov podľa § 266 ods. 1 slovenského TZ a § 256 českého TZ obsahujú tieto ustanovenia navzájom adekvátne prvky, ktoré sú okolnosťami podmieňujúcimi použitie vyššej trestnej sadzby. Obe právne úpravy ustanovujú ako obzvlášť prit'azujúce okolnosti, ak páchatel' spácha čin ako vyhlasovateľ alebo usporiadateľ verejnej súťaže, verejnej dražby, resp. ako licitátor a slovenská právna úprava do tohoto výpočtu zaraďuje aj postavenie člena privatizačnej komisie. Pri osobách v uvedenom postavení nie je vylúčené okrem postihu podľa predmetnej kvalifikovanej skutkovej podstaty naplnenie znakov skutkovej podstaty trestného činu porušovania povinností pri správe cudzieho majetku podľa § 237 slovenského TZ⁶⁰, resp. § 220 českého TZ.

Česká právna úprava obsahuje v tomto výpočte prvej kvalifikovanej skutkovej podstaty (§ 256 ods. 2 českého TZ s trestnou sadzbou dva roky až osem rokov) aj **postavenie páchatel'a ako člena organizovanej skupiny**, čo slovenské ustanovenie zaraďuje až do najprísnejšej kvalifikovanej skutkovej podstaty [§ 266 ods. 3 písm. b) slovenského TZ, člen nebezpečného zoskupenia] s podstatne vyššou trestnou sadzbou (sedem rokov až dvanásť rokov).

V oboch právnych úpravách sa ako okolnosť podmieňujúca použitie vyššej trestnej sadzby posudzuje aj korupčný prvok – teda inak znaky trestných činov korupcie: žiadanie, prijatie alebo prijatie sľubu majetkového alebo iného prospechu. Z tohto dôvodu je tak rovnako ako podľa českej právnej úpravy, tak aj podľa slovenskej právnej úpravy vylúčený jednočinný súbeh s prijímaním úplatku. Zákonodarca by mal v prípade českého TZ i slovenského TZ zvážiť, či by postačoval postih korupčných aktivít podľa všeobecných skutkových podstát trestných činov korupcie. Postup pri verejnom obstarávaní / *žadání veřejné zakázky* je obstarávaním všeobecného záujmu (§ 331 ods. 1 českého TZ, resp. § 329 ods. 1 slovenského TZ).⁶¹ Tým by sa umožnil jednočinný súbeh s trestnými činmi korupcie, ktoré navyše umožňujú diferencovaný postih podľa závažnosti, najmä podľa rozsahu činu v kvalifikovaných skutkových podstatách.⁶²

Slovenská právna úprava, na rozdiel od českej právnej úpravy ako kvalifikačné znaky ustanovuje aj osobitný motív a závažnejší spôsob konania. Pri predmetnom trestnom čine ako osobitný motív prichádza do úvahy spáchanie činu na objednávku [§ 140 písm. a) slovenského TZ], resp. ako závažnejší spôsob konania prichádza do úvahy spáchanie činu porušením dôležitej povinnosti vyplývajúcej z páchatel'ovho zamestnania alebo uloženej mu podľa zákona [§ 138 písm. h) slovenského TZ], spáchanie činu organizovanou skupinou [písm. i)] – adekvátne

⁶⁰ Rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa 15. 11. 2018, sp. zn. 5 To 2/2018, s. 68–69.

⁶¹ K širokému výkladu tohto pojmu pozri BELEŠ, Andrej. Korupcia v súvislosti s obstarávaním vecí všeobecného záujmu. *Justičná revue*, 2017, č. 8–9, s. 1009–1020.

⁶² Pri slovenskej právnej úprave je okrem toho nekonšepčne ustanovená nižšia trestná sadzba pri § 266 ods. 2 TZ (dva roky až osem rokov) ako pri prijímaní úplatku (v súvislosti s obstarávaním vecí všeobecného záujmu) v základnej skutkovej podstate podľa § 329 ods. 1 TZ (tri roky až osem rokov).

ako podľa § 256 ods. 2 písm. a) českého TZ⁶³; menej pravdepodobné je použitie verbálneho násilia na spáchanie činu [písm. d)], príp. využitie podriadenosti [písm. g)].

Ak ide o spáchanie činu nie organizovanou skupinou⁶⁴, ale zločineckou skupinou⁶⁵, ide o kvalifikáciu podľa najprísnejšej kvalifikovanej skutkovej podstaty trestného činu (§ 266 ods. 3 slovenského TZ). Spáchanie činu organizovanou zločineckou skupinou (§ 129 českého TZ) český kódex ako okolnosť podmieňujúcu použitie vyššej trestnej sadzby neustanovuje. V prípadoch, akým bol tzv. *nástenkový tender* so zapojením ministrov – členov vlády ako páchatel'ov zločinu je potrebné osobitne skúmať možnú existenciu zločineckej skupiny, pretože „obchod“ v uvedenom objeme 97,6 milióna eur je náročné spáchať na „*vlastnú päsť*“, bez ďalšieho politického krytia, resp. možnosti úspešne legalizovať výnos z trestnej činnosti. Aj Najvyšší súd SR uviedol, že išlo o systematickú činnosť smerujúcu k fingovaniu verejného obstarávania, pričom vo svojich funkciách sa nachádzali na základe politických nominácií: „*Tak obžalovaný Ing. A.B., ako aj obžalovaný Ing. PhDr. C.D. boli do svojich funkcií inštalovaní na návrh vtedajšieho predsedu Slovenskej národnej strany (ďalej len „SNS“), Ing. J.S. (viď výpoveď obžalovaného Ing. A.B.; [...]).*“ V súvislosti s týmto prípadom bola v samostatnom konaní podľa § 266 ods. 1, ods. 2 písm. c), ods. 3 písm. a) slovenského TZ odsúdená osoba, ktorá poskytovala odborné poradenstvo a udelila súhlas na použitie svojho mena ako odborne spôsobilej osoby. Odsúdená považovala za „diskriminačné“, že bola uznaná vinnou ako „neskorší článok“ reťaze, avšak „skoršie články“, ktoré s odsúdenými exministrami pripravovali podklady, a najmä osoby, ktoré z verejného obstarávania profitovali, neboli ani trestne stíhané, ani odsúdené. Najvyšší súd SR potvrdil, že obžalovaná bola uznaná vinnou v tomto zmysle skutočne „diskriminačne“, avšak poukázal na zásadu *nemo iudex sine actore*.⁶⁶

⁶³ „Organizovanou skupinou se rozumí sdružení více osob, v němž je provedena určitá dílba úkolů mezi jednotlivé členy sdružení a jehož činnost se v důsledku toho vyznačuje plánovitostí a koordinovaností, což zvyšuje pravděpodobnost úspěšného provedení trestného činu, čímž jsou umocněny jeho škodlivé dopady pro společnost. Skupina nemusí mít trvalejší charakter a tímto způsobem lze spáchat i jen ojedinělý, jednorázový trestný čin.“ ŠÁMAL, Pavel. § 152. In: ŠÁMAL, Pavel a kol. *Trestní zákoník*. 2. vyd. Praha: C. H. Beck, 2012, s. 1601–1607.

⁶⁴ Podľa § 129 ods. 2 slovenského TZ je organizovanou skupinou „*spolčenie najmenej troch osôb na účel spáchania trestného činu, s určitou delbou určených úloh medzi jednotlivými členmi skupiny, ktorej činnosť sa v dôsledku toho vyznačuje plánovitosťou a koordinovanosťou, čo zvyšuje pravdepodobnosť úspešného spáchania trestného činu.*“

⁶⁵ Zločineckou skupinou sa podľa § 129 ods. 4 slovenského TZ rozumie „*štruktúrovaná skupina najmenej troch osôb, ktorá existuje počas určitého časového obdobia a koná koordinovane s cieľom spáchať jeden alebo viaceré zločiny, trestný čin legalizácie výnosu z trestnej činnosti podľa § 233 alebo niektorý z trestných činov korupcie podľa ôsmej hlavy tretieho dielu osobitnej časti na účely priameho alebo nepriameho získania finančnej alebo inej výhody.*“

⁶⁶ „*V tomto smere treba dať za pravdu obhajobe, že obžalovaná N. W. bola odsúdená „diskriminačne“; túto „diskrimináciu“ ale nespôsobili súdy, ktoré rozhodujú len o tých veciach, v ktorých im bola podaná obžaloba, ale orgány činné v trestnom konaní, ktoré napriek relevantným podozreniam voči takýmto osobám nevedli vyšetrovanie dostatočne razantne tak, aby im trestnú činnosť preukázali (napr. sa neuskutočnili prebliadky iných priestorov a pozemkov na MVaRR SR [Pozn. – Ministerstvo výstavby a regionálneho rozvoja SR], ÚVO, u členov víťazného konzorcia, domové prebliadky u podozrivých osôb; nebolo vykonané sledovanie osôb, resp. použité informačno-technické prostriedky atď.).*“ Rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa 21. 11. 2019, sp. zn. 5 To 6/2019, s. 16.

Kvalifikácia podľa najprísnejšej skutkovej podstaty trestného činu sa – podľa slovenského TZ – uplatní aj v prípade, ak je činom spôsobená škoda veľkého rozsahu, teda najmenej 133 000 €. Z hľadiska tohto znaku je slovenský TZ podstatne prísnejší ako český TZ, pretože ak je spáchaná škoda rádovo v miliónoch eur (bez naplnenia iných kvalifikačných znakov), zakladá to dôvod na aplikáciu § 266 ods. 3 slovenského TZ so sadzbou sedem až dvanásť rokov, zatiaľčo česká právna úprava stanovuje len kvalifikačný znak spôsobenia značnej škody alebo získania značného prospechu podľa § 256 ods. 2 písm. b) a c) českého TZ s trestnou sadzbou dva roky až osem rokov. Aj v uvádzanom prípade tzv. *nástenkového tendra* boli exministri výstavby odsúdení na úhrnné tresty odňatia slobody 11 rokov, resp. 9 rokov, avšak pre úplnosť je potrebné dodať, že skutky boli u prvého z nich kvalifikované ako jednočinný súbeh zločinu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe spolupáchateľstvom podľa § 20, § 266 ods. 1, ods. 2 písm. c), ods. 3 písm. a) slovenského TZ a obzvlášť závažného zločinu zneužívania právomoci verejného činiteľa podľa § 326 ods. 1 písm. a), ods. 4 písm. b) slovenského TZ.⁶⁷

Z hľadiska naplnenia kvalifikačného znaku spôsobenia **škody** veľkého rozsahu (ods. 3), resp. značná škoda (ods. 2) vznikla v podmienkach SR polemika, či za spôsobenú škodu je potrebné považovať celú hodnotu zákazky alebo len tú časť hodnoty, ktorá je ujmou iného subjektu, teda by predstavovala zisk následkom splnenia zákazky, keby verejné obstarávanie nebolo manipulované. V takom prípade je podiel zisku potrebné určiť znaleckým dokazovaním. Prvý názorový prúd vychádza z toho, že chráneným objektom je záujem na riadnom a zákonnom priebehu verejného obstarávania, a teda zákonné ustanovenie má zabrániť tomu, aby súťažiteľia machináciami nezískali zákazku ako takú, nie len čistý zisk. Z pohľadu druhého názorového prúdu je to irelevantné, pretože zákon vyžaduje preukázanie spôsobenej škody, ktorej výška nezodpovedá celej zákazke.⁶⁸

Najvyšší súd SR sa už dlhší čas prikláňa k druhému názorovému prúdu.⁶⁹ Predmetným trestným činom sa totiž trestá dojednanie prednosti alebo výhodnejších podmienok na úkor iných súťažiteľov, preto poškodeným subjektom nie je verejný obstarávateľ, ale iní, potenciálni súťažiteľia alebo účastníci, a to platí aj v prípade prvej alternatívy objektívnej stránky. Súd v prípade tzv. *nástenkového tendra* k tomu uviedol: „*Pre vyčíslenie takto spôsobenej škody bude potrebné ustáliť, aký zisk by neúspešný súťažiteľ / uchádzač mohol dosiahnuť nebyť trestnej činnosti páchatela. I keď zákon výslovne používa termín „ujma na zisku“, najvyšší súd kvôli doterajšej nejednotnej rozhodovacej praxi konštatuje, že pri jej vyčíslení nemožno vychádzať z celého objemu zákazky. Ziskom súťažiťela / uchádzača nie je celý objem zákazky, bez ohľadu na to, aké by mal súťažiteľ / uchádzač v súvislosti s verejným obstarávaním / dražbou náklady. Zisku je treba rozumiť (zjednodušene) ako rozdielu medzi výnosmi*

⁶⁷ Rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa 15. 11. 2018, sp. zn. 5 To 2/2018.

⁶⁸ Bližšie ŠANTA, Ján. *Machinácie pri verejnom obstarávaní podľa Trestného zákona Slovenskej republiky*. Dostupné z: https://www.ja-sr.sk/files/Machinacie_JUDr_Santa.pdf [cit. 1. 12. 2020].

⁶⁹ Uznesenie Najvyššieho súdu SR zo dňa 6. 11. 2013, sp. zn. 1Tost 21/2013.

*a nákladmi súvisiacimi s realizáciou predmetu zákazky [...]“⁷⁰. Navrhovaná legislatívna zmena podľa Pripomienky ÚVO počíta s nahradením pojmu škoda ako kvalifikačného znaku pojmom rozsah. Pojem rozsah by mal byť špeciálne pre trestný čin definovaný v § 125 ods. 1 slovenského TZ ako „*zmluvná cena dojednaná zadáním zákazky alebo koncesie; ak táto zmluvná cena nebola dojednaná, rozsahom činu sa rozumie predpokladaná hodnota zákazky, koncesie alebo súťaže návrhov. Ak predpokladaná hodnota zákazky, koncesie alebo súťaže návrhov nie je stanovená alebo je zjavne podhodnotená alebo nadhodnotená, určí sa na základe znaleckého posudku alebo odborného vyjadrenia.*“ To by v porovnaní s uvedeným výkladom Najvyššieho súdu predstavovalo sprísnenie trestnej represie, pretože páchatelovi by sa ako kvalifikačný znak na t'archu pripísala celá (dojednaná alebo predpokladaná), **hodnota zákazky**, nie len rozdiel medzi výnosmi a nákladmi súvisiacimi s realizáciou. Návrh sa tak prikláňa k výkladu podľa prvého názorového prúdu uvedeného vyššie.*

V porovnaní s tým, je situácia v zmysle českého TZ jednoduchšia: na naplnenie kvalifikovanej skutkovej podstaty nie je nevyhnutné preukázanie spôsobenia značnej škody [§ 256 ods. 2 písm. b)], pretože postačuje preukázanie získania značného **prospechu** pre seba alebo pre iného [§ 256 ods. 2 písm. b) českého TZ], čo predstavuje 1 000 000 Kč (cca 38 000 €). Tým sa česká právna úprava približuje výkladu podľa Najvyššieho súdu SR a je voči páchatelovi benevolentnejšia ako návrh podľa Pripomienky ÚVO. Prospech je možné vypočítať ako **možný zisk** z realizovanej zákazky, avšak do prospechu je možné započítať aj **imateriálny prospech** zo získania zákazky – teda získanie prostriedkov na chod spoločnosti, vylepšenie renomé jej úspešnou realizáciou a pod. Pre naplnenie kvalifikačného znaku potom postačuje len orientačný výpočet materiálneho prospechu.⁷¹ Takýto postup v podmienkach slovenského TZ nie je možný, pretože

⁷⁰ Rozsudok Najvyššieho súdu SR zo dňa 15. 11. 2018, sp. zn. 5 To 2/2018, s. 66–67: „*Z týchto úvah potom najvyšší súd vychádzal, keď postupom § 326 ods. 5 Tr. por., § 295 ods. 2 Tr. por., § 268 Tr. por. v spojení s § 142 a nasl. Tr. por. doplnil dokazovanie o výsluch znalkyne - Ing. M.Š. PhD., aby zistil, že minimálna hodnota čistého zisku iného potencionálneho súťažiteľa by v prípade riešeného verejného obstarávania nemohla byť nižšia ako 3.563.795 €.*“

⁷¹ Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 30. 6. 2020, sp. zn. 5 Tdo 1559/2018, body 92 a 93: „*Imateriální prospěch* spatřoval krajský soud v možnosti vůbec realizovat zakázku, neboť v takových případech má obchodní společnost jako vítězný dodavatel práci pro své zaměstnance a na svůj provoz tak získá prostředky, byť by pouze pokryla vlastní náklady, jež by bez jiného využití svých zdrojů musela beztak vynaložit. Dalším pozitivem, výhodou, tedy prospěchem, který samotné získání zakázky přináší, je **zvýšení obrátu** obchodní společnosti, který často bývá v praxi jedním z kvalifikačních kritérií ve výběrových řízeních na vítězného uchazeče o veřejnou zakázku. Obdobně lze hovořit také o **snazším prokazování technické způsobilosti** [...], pro případnou další účast v zadávacích řízeních. Možnost realizovat veřejné zakázky nezřídka znamená pro dodavatele také profit ve formě **další reference zvyšující její kredit na obchodním trhu**, v případě úspěšné realizace si dodavatel vylepšuje renomé apod. [...] Ovšem při pohledu na konkrétní finanční objemy, za něž byly vysoutěženy veřejné zakázky [...], je zcela zjevné, že pro naplnění znaku značného prospěchu odpovídajícímu tedy zisku ze zakázky ve výši minimálně 500 000 Kč, postačoval dokonce ještě nižší zisk odvozený procentem z hodnoty předmětu jednotlivých zakázek. Nejnižší hodnota veřejné zakázky, které jsou předmětem trestního stíhání obviněných, totiž činila 33,4 milionů Kč v případě veřejné zakázky „kuchyně XY“ u obviněného D. H. a s uvažovaným minimálním ziskem ve výši 500 000 Kč by to znamenalo pouze 1,5% zisk pro dodavatele.

je nereálne do výpočtu vzniknutej škody započítavať aj potenciálny úslý imateriálny prospech neúspešných konkurentov.

2.2 Ustanovenia § 267 a 268 slovenského TZ a § 257 českého TZ

Taktiež ustanovenia § 267 a 268 slovenského TZ trestného činu machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe obsahujú adekvátne znaky ako trestný čin *pletichy při žádání veřejné zakázky a při veřejné soutěži* podľa § 257 českého TZ – s určitými výnimkami.

Spoločnými prvkami sú:

- a) Postih konania, ktorým páchatel prinúti iného, aby sa zdržal účasti na verejnom obstarávaní / *v zadávacím řízení* alebo *ve veřejné soutěži*, a to závažnejším spôsobom konania⁷² (slovenský TZ), alebo *lstí nebo pobruškou násilí nebo jiné těžké újm* (český TZ), čo je však málo pravdepodobné, pretože ekonomická kriminalita sa pácha najmä ako kriminalita bielych golierov, čiže „džentlmenská“ kriminalita, pri ktorej sa verbálne alebo fyzické násilie používa až ako prostriedok *ultima ratio*; predmetné ustanovenie je rezíduom zo začiatku 90-tych rokov, keď ekonomická kriminalita organizovaného charakteru sa prejavovala aj primitívnejšími násilnými formami, ako uvádzala aj dôvodová správa k zákonu č. 557/1991 Zb.: „[...] *kde návrh vycházel z poznatků o narušování rovnosti podmínek veřejné soutěže, kdy je privatizace prováděna touto formou, o narušování podmínek dražby, kdy v rámci malé privatizace dochází k nátlaku na účastníky dražby, k vybrožování nebo zstrašování, popř. k nabídkám úplatků, byl návrh Výboru pro lidská práva akceptován.*“⁷³ Uvedené ustanovenie v slovenskej a českej právnej úprave je teda možné kriticky skúmať, či je obsolentné a efektívnejšia by bola jeho redukcia len na kvalifikačný znak: spáchanie činu závažnejším spôsobom konania v slovenskom právnom prostredí. Alebo by v českom TZ aj slovenskom TZ zákonodarcia pristúpil k úplnému vypusteniu uvedeného ustanovenia a potenciálne by sa takéto prípady mohli kvalifikovať ako súbeh s trestným činom vydierania.
- b) Postih korupčného konania – aktívnej i pasívnej korupcie, ktorá súvisí so zdržaním sa účasti vo verejnom obstarávaní / *v zadávacím řízení* alebo *ve veřejné soutěži* – skutková podstata trestného činu je naplnená bez ohľadu na to, či osoba, ktorá prijme

...

Ostatní veřejné zakázky, na jejichž protiprávním ovlivnění se obvinění podíleli, nebo k takovému jednání poskytli pomoc, dosahovaly vyšších hodnot. Z procentuálního hlediska vyjadřujícího poměr mezi celkovou cenou zakázky a částkou 500 000 Kč jako spodní hranici značného prospěchu by se tedy jednalo o ještě nižší finanční příjem. Nejvyššímu soudu se nejevilo jako reálné, aby uchazeč o veřejnou zakázku kalkuloval při stanovení cenové nabídky s méně jak 2% ziskem, a to mimo jiné i s ohledem na tzv. vedlejší výdaje (odměny spřízněným osobám), jež byly spojeny s manipulovanými zadávacími řízeními.“ [Pozn.: vyznačil autor]. Výpočet značného prospěchu vo výške 500 000 Kč sa viaže na právny stav podľa § 138 českého TZ pred účinnosťou novelizácie zákonom č. 333/2020 Sb., následkom čoho boli jednotlivé výšky úrovni škôd ako kvalifikačných pojmov zdvojnásobené.

⁷² Podľa § 138 slovenského TZ, najmä písm. d), f), g): násilím, hrozbou bezprostredného násillia alebo hrozbou inej ťažkej ujmy, lst'ou, príj. využitím neskúsenosti.

⁷³ Dôvodová správa k zákonu č. 557/1991 Zb. Dostupné z: https://www.psp.cz/eknih/1990fs/tisky/t1002_01.htm [cit. 25. 11. 2020].

majetkový prospech za to, že sa zdrží účasti, skutočne disponuje potrebnými predpokladmi, teda ide o predčasne dokonaný trestný čin⁷⁴. V slovenskej i českej právnej úprave ide o špeciálnu úpravu trestnoprávneho postihu korupcie voči všeobecným ustanoveniam trestných činov korupcie. Napriek tomu, že ide o špeciálne ustanovenia a je daný vyšší spoločenský záujem práve na ochrane verejného obstarávania pred korupčnými aktivitami, táto špeciálna právna úprava v zmysle slovenského TZ i českého TZ určuje – paradoxne – nižšie trestné sadzby v porovnaní so všeobecnými ustanoveniami korupčných deliktov, resp. nediferencuje vyššiu spoločenskú závažnosť podplácania ako prijímania úplatku.⁷⁵ Preto zostáva pre zákonodarcu na uváženie zvýšenie trestných sadzieb pri špeciálnych ustanoveniach, zníženie trestných sadzieb pri všeobecných ustanoveniach, príp. diferenciacia trestných sadzieb pri formách pasívnej korupcie (s vyššou závažnosťou) a aktívnej korupcie⁷⁶.

Medzi rozdielne prvky právnych úprav patrí:

- a) skutočnosť, že ochrana podľa § 257 českého TZ – na rozdiel od slovenskej právnej úpravy – sa netýka verejnej dražby,
- b) slovenská práva úprava neobsahuje kvalifikované skutkové podstaty, čiže nerozlišuje závažnosť trestného činu napr. podľa rozsahu, v ktorom bol alebo podľa úmyslu páchatel'a mal byť trestný čin spáchaný – na rozdiel od toho § 257 ods. 2 a 3 českého TZ ustanovujú ako kvalifikačný znak motív získať pre seba alebo pre iného značný prospech alebo prospech veľkého rozsahu: napr. konateľ obchodnej spoločnosti ponúkne inému majetkový prospech za to, že sa zdrží účasti na verejnom

⁷⁴ Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 29. 4. 2020, sp. zn. 5 Tdo 319/2020, bod 37: „Byť by se později ukázalo, že by ovlivňovaný uchazeč o veřejnou zakázku byl se svou nabídkou stejně neúspěšný či by dokonce jeho nabídka byla vyřazena z formálních důvodů pro nesplnění zákonných požadavků nebo požadavků zadavatele, přesto by bylo možno dopustit se trestného činu pletich při zadání veřejné zakázky a při veřejné soutěži, a to i dokonaného. Právě ve sledované variantě postihující korupci při zadání veřejné zakázky (nebo v souvislosti s veřejnou soutěží) jde ve své podstatě o tzv. předčasně dokonaný trestný čin, protože k ovlivnění zadání veřejné zakázky (resp. veřejné soutěže) vůbec nemusí dojít, dokonce se ani nežadá, aby tzv. aktivním úplatkářstvím pachatel přiměl jiného (ovlivňovaného uchazeče o veřejnou zakázku) zadržet se účasti v zadávacím řízení (nebo veřejné soutěži), neboť postačí pouhé nabídnutí či slíbení úplatku se záměrem přimět jiného zadržet se takové účasti, aniž by bylo třeba, aby taková nabídka či slib byly druhou stranou akceptovány.“

⁷⁵ Trestná sadzba pri § 267 a 268 slovenského TZ je podstatne nižšia (jeden rok až päť rokov) ako pri prijímaní úplatku podľa § 328 ods. 1 TZ (dva roky až päť rokov) a najmä § 329 ods. 1 TZ (tri roky až osem rokov), resp. pri podplácaní, avšak až v kvalifikovanej skutkovej podstate (§ 333 ods. 2 TZ: dva roky až päť rokov, § 333 ods. 3 TZ: päť až dvanásť rokov). Taktiež trestná sadzba podľa § 257 ods. 1 českého TZ (až na tri roky) je nižšia ako trestná sadzba pri trestnom čine *přijetí úplatku* podľa § 331 ods. 1 českého TZ (až na štyri roky), resp. § 331 ods. 2 českého TZ (šesť mesiacov až päť rokov), resp. pri trestnom čine podplácaní, avšak až v kvalifikovanej skutkovej podstate podľa § 332 ods. 2 českého TZ (jeden rok až šesť rokov).

⁷⁶ V prípade úvahy o vypustení týchto špeciálnych ustanovení postihujúcich korupciu by bolo potrebné zvážiť, či tieto konania, ako je zdržanie sa účasti vo verejnom obstarávaní je možné subsumovať pod všeobecné skutkové podstaty trestných činov korupcie, najmä pod pojem obstarávanie vecí všeobecného záujmu. Prikláňame sa k názoru, že takáto právna kvalifikácia by nebola možná.

obstarávaní (*v zadávacím řízení*), aby získal pre svoju právnickú osobu (teda pre iného) značný prospech⁷⁷;

- c) slovenská právna úprava neobsahuje trestnoprávny postih protizákonných dohôd medzi účastníkmi verejného obstarávania / *žadání veřejné zakázky* a konania smerujúceho k získaniu zákazky za neprimerane vysokú alebo inak nevýhodnú cenu – na rozdiel od § 257 ods. 1 písm. d) českého TZ.

V tomto poslednom bode sa česká právna úprava približuje trestnoprávnemu postihu konaní súvisiacich s verejným obstarávaním v Rakúsku a Nemecku. Rakúsky trestný zákonník StGB⁷⁸ totiž obsahuje trestný čin dohôd obmedzujúcich súťaž pri verejnom obstarávaní (*Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren*) podľa § 168b rakúskeho StGB. Tento trestný čin postihuje podanie žiadosti o účasť na verejnom obstarávaní, zloženie ponuky alebo vedenie rokovaní, ak takéto konanie spočíva na protiprávnej dohode, ktorej účelom je pohnúť obstarávateľa / zadávateľa k prijatiu určitej ponuky.⁷⁹ Podnikatelia sa dohodnú, kto si bude účtovať koľko za dodávané tovary, resp. poskytované služby. Účelom dohody je najmä určiť obsah ponúk. Z dohody je zvyčajne jasné, kto dostane objednávku ako „najlepší uchádzač“.⁸⁰

Podobne aj nemecký trestný zákonník StGB⁸¹ taktiež ustanovuje trestný čin dohôd obmedzujúcich súťaž pri verejnom obstarávaní (*Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen*) podľa § 298 nemeckého StGB – len s jediným rozdielom, že v objektívnej stránke skutkovej podstaty je ako konanie stanovené len odovzdanie ponuky, ktorá spočíva na protiprávnej dohode. V rakúskej a nemeckej právnej úprave sa priamo osobitne verejného obstarávania týka len tento trestný čin (§ 168b rakúskeho StGB, resp. § 298 nemeckého StGB). Rakúsky ani nemecký trestný zákon teda nekriminalizujú machinácie pri verejnom obstarávaní v takom zmysle a tak rozsiahlo ako slovenská a česká právna úprava. Ak by prišlo ku korupčným aktivitám v súvislosti s verejným obstarávaním, tieto je možné postihnúť všeobecnými skutkovými podstatami trestných činov korupcie. Bližší rozbor predmetných úprav však presahuje zameranie predkladanej štúdie.

⁷⁷ Uznesenie Nejvyššího soudu ČR zo dňa 29. 4. 2020, sp. zn. 5 Tdo 319/2020, bod 36.

⁷⁸ Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB) StF: BGBl. Nr. 60/1974 (NR: GP XIII RV 30 AB 959 S. 84. BR: S. 326. NR: Einspr. d. BR: Einspr. d. BR: 1000 AB 1011 S. 98.), ostatne v znení zákona BGBl. I Nr. 111/2019 (NR: GP XXVII RV 1 AB 14 S. 6. BR: AB 10276 S. 899.) [CELEX-Nr.: 32017L1371].

⁷⁹ Ust. § 168b ods. 1 rakúskeho StGB. Ust. ods. 2 voči uvedenej základnej skutkovej podstate trestného činu obsahuje osobitný dôvod zániku trestnosti činu.

⁸⁰ BERTEL, Christian a Klaus SCHWEIGHOFER. *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I. § 75 bis 168e StGB*. Wien: Springer-Verlag, 2010, s. 334.

⁸¹ Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 9. Oktober 2020 (BGBl. I S. 2075) geändert worden ist.

Záver

Forma a obsah trestnoprávneho postihu protiprávných konaní v súvislosti s verejným obstarávaním / *žadáním verejné zákazky* zostali v slovenskej aj českej právnej úprave v zásade verné právnej úprave v zmysle TZ 1961 prijatej na federálnej úrovni začiatkom 90-tych rokov. Konvergentné prvky slovenskej a českej právnej úpravy posilňuje aj transpozícia štandardov verejného obstarávania z práva EÚ.

Napriek tomu je možné identifikovať niekoľko divergentných atribútov. Trestný čin machinácií pri verejnom obstarávaní a verejnej dražbe v základnej skutkovej podstate podľa § 266 ods. 1 slovenského TZ si v porovnaní s trestným činom podľa § 256 českého TZ zachoval nedostatočne určitú alternatívu objektívnej stránky, ktorou je konanie v rozpore so všeobecne záväzným právnym predpisom o verejnom obstarávaní. Takúto adekvátnu – tiež nedostatočne určitú skutkovú podstatu trestného činu obsahuje ustanovenie § 248 ods. 2 druhá alinea českého TZ. V súlade so zásadou subsidiarity trestnej represie je možné túto alternatívu objektívnej stránky naplniť len tými najzávažnejšími porušeniami zákona o verejnom obstarávaní, ktoré najmä porušujú princípy rovného zaobchádzania, nediskriminácie a transparentnosti vyplývajúce zo smernice o verejnom obstarávaní. Pre českého zákonodarcu zostáva na uváženie, či takéto ustanovenie by malo byť systematicky priradené k trestným činom podľa § 256 a 257 českého TZ a či by nemalo byť spresnené tým, aké konkrétne porušenia osobitného zákona sú trestnoprávne relevantné. Požiadavka spresnenia ustanovenia sa týka adekvátne aj prvej aliney § 266 ods. 1 slovenského TZ.

Obsah týchto princípov je dostatočne zrejmý z rozhodovacej činnosti Súdneho dvora EÚ a vnútroštátnych súdov (najmä *Nejvyššího soudu ČR*). Tieto princípy majú zabrániť trestnej činnosti, ako je zadanie verejnej zákazky vopred určenému dodávateľovi rôznymi spôsobmi vylúčenia skutočnej súťaže, vrátane imitovania súťaže pomocou „nastrčených“ spriaznených obchodných spoločností.

Z hľadiska rozsahu kriminalizácie je táto v určitých aspektoch v podmienkach slovenského TZ širšia (dve alternatívy objektívnej stránky) a v určitých aspektoch užšia. Pojem verejná súťaž je širším pojmom ako verejné obstarávanie a základná skutková podstata podľa § 266 ods. 1 slovenského TZ tento širší pojem nepoužíva; je uvedený len v kvalifikovanej skutkovej podstate (ods. 2), čo je obsoletné. Zaujímavým rozdielom je fakt, že § 256 ods. 1 českého TZ nepredstavuje blanketovú alebo odkazovaciu skutkovú podstatu, čo o ust. § 266 slovenského TZ nemožno tvrdiť.

Obe právne úpravy obsahujú navzájom adekvátne znaky kvalifikovaných skutkových podstat. Z hľadiska spáchania škody veľkého rozsahu je slovenský TZ podstatne prísnejší. V prípadoch páchania predmetných trestných činov vysokými štátnymi úradníkmi je potrebné osobitne skúmať naplnenie znakov spáchania činu organizovanou (zločineckou) skupinou, aby sa zabezpečil postih skutočných organizátorov zmanipulovaného

obstarávania, resp. recipientov výhod. V opačnom prípade sa trest len pre „neskoršie články“ reťazca nemusí javiť ako spravodlivý⁸². Výpočet značnej škody, resp. škody veľkého rozsahu je (v podmienkach SR) viazaný na zisk, ktorý by neúspešný súťažiteľ potenciálne mohol dosiahnuť, k čomu je potrebné vykonať znalecké dokazovanie. Česká právna úprava však obsahuje znak získania značného prospechu, ktorého výpočet nie je natoľko náročný a je možné do neho zaradiť aj imateriálny prospech. Pripomienka ÚVO navrhuje zmeniť v slovenských podmienkach kvalifikačný znak škoda na kvalifikačný znak rozsah, čo znamená sprísnenie trestnej represie.

Navzájom adekvátnymi trestnými činmi sú ust. § 267 a 268 slovenského TZ na jednej strane a ust. § 257 ods. 1 českého TZ na strane druhej. Rozhodovacia činnosť k týmto ustanoveniam je však podstatne menej rozsiahla. Zákonomdarca by mal zvážiť relevantnosť postihu hrozby násilím [§ 257 ods. 1 písm. a) českého TZ, § 267 písm. a), § 268 písm. a) slovenského TZ] a najmä relevantnosť postihu korupčného konania [§ 257 ods. 1 písm. b), c) českého TZ, § 267 písm. b), c) § 268 písm. b), c) slovenského TZ] – s možnosťou úpravy trestných sadzieb, aby neboli nižšie ako pri všeobecných ustanoveniach postihujúcich korupciu, resp. aby bola diferencovane prísnejšie postihovaná pasívna korupcia. Zaujímavým rozdielom je, že česká právna úprava trestnoprávne postihuje aj protiprávne dohody medzi záujemcami alebo uchádzačmi s motívom dosiahnutia neprimerane vysokej alebo inak nevýhodnej ceny, čím sa česká právna úprava približuje rakúskej a nemeckej.

⁸² Spravodlivosť je v tomto význame potrebné chápať ako primeranosť ujmy spôsobenej páchatelovi za spáchaný trestný čin. Pozri KURILOVSKÁ, Lucia a Stanislav ŠÍŠULÁK. Spravodlivý trest. *Právny obzor*, 2020, roč. 103, č. 4, s. 281–296.